entre los mysmos litigantes ay otro papel en el tom. 2. fol. 209—

199
18

POR DOÑA MARIA DE Montesér, como Madre y Tutora de sus hijos y D. Iuan de Vallejo.

En el pleyto con Don Fernando de Vallejo, sobre el daño de los Oliuares.

AVNQVE Regularmente las probanças estan sujetas al arbitrio del Iuez, *l.3.§.eiusdem, ff. de testibus,* este arbitrio no es absoluto, sino regulado secundùm subiectã materiã, vt notabiliter tradit *Corrasius in.l.admonendi, ff. de iur. iurand. n. 55. vers. Porro tractemus, cum seqq.* Y en concurso de probanças aquella debe preualecer, que es de mayor numero de testigos, que dan mejor razon, que se coadjuua con otros adminiculos, y que es mas verosimil. *l.ob carmen, §.fin.ff.de testibus, l. 40.tit.16.p.3.* latè *Farinatius de testibus, q.65.n.129. Gracianus disceptat.526.n 46.tom.3.& disceptat.438.ex num.15.*

Aqui la probança de los menores consta de 20. testigos, y la de Don Fernando de 8. La de los menores es de testigos ancianos, que el mas moço tiene 49. años: y la de D. Fernando es de hombres moços, que muchos tienen 25. años, y el hecho de que se trata ha mas de 43. años, con que no puedẽ saber, ni tener tan buena noticia como los otros. La razon que dan los testigos de los menores, es auer visto el olivar perdido y destruido, inutil, e infrutifero, y con muchas marras todo el tiempo que lo posseyò Don Iuan de Vallejo, y que no tenia casa ni molino, y que estaua destruido y caido con el tiempo, y algunos deponen de antes que entràra Don Iuan de Vallejo en la possession: y otros dizen, que lo vieron en su tiempo medio caido y desbaratado, y muchos deponen desde que se saben acordar: y los de Dõ Fernando

de-

deponen de oidas:y aunque algunos dizen q̃ vieron el molino y caſa,y que el oliuar era muy bueno en tiempo de D. Iuan de Vallejo,ſon teſtigos de tan poca edad,que ſe conuécen con lo que dizen los otros. Y no obſta la eſcritura de dote,en que confieſſa Don Iuan de Vallejo que recibio 80.arãçadas de oliuar con caſa y molino;porque contra ella ay tã gran probança,a que ſe ha de eſtar: y no ſe ſigue neceſſariamente que lo huuieſſe derribado D.Iuan de Vallejo, pues ſe pudo caer con el tiẽpo,q̃ es lo q̃ dizen los teſtigos. Los de los menores ſon hombres deſapaſsionados,ſin interes ni afeccion: los de Don Fernando ſon muchos dellos los que le pagan tributo de las tierras. Los teſtigos de los menores ſe examinaron en la inſtancia de viſta,y en ella Don Fernãdo hizo ſu probança,y no probò coſa de importãcia : y aora en la inſtancia de reuiſta,auiendo viſto las probanças,boluio a probar por ſus miſmos articulos,y derechamente cõtrarios a los de los menores:conque tienen contra ſi la ſoſpecha y temor,porque la ley del Reyno prohibio ſemejantes probãças,pues de dos la vna no ſe puede errar. Vltimamente lo q̃ dizen los teſtigos de los menores,de que los oliuares eſtauã deſpoblados,ſe prueba con las eſcrituras de ventas dellos q̃ ha preſentado Don Fernando,por las quales no parece auer ſe vendido mas que 2700.pies,de que ſe infiere que no ſe ſacaron,ni auia mas. Y no es de fundamento dezir, que algunos teſtigos dizen que antes que entrara don Iuan en los oliuares,ſe arrendauan;porque eſto fue la cauſa de ſu perdiciõ, pues heredades que ſe arriendan , ſe pierden porque no ſe benefician:demas de que no ay teſtigo que diga que en tiẽpo de don Iuan de Vallejo ſe arrendaſſen.

Y menos obſta dezir que D.Iuan de Vallejo no los beneficiò,porque eſto prueba bien quan inutiles eran, pues lo q̃ ſe gaſtaua en ellos,no ſe ſaneaua,que es lo miſmo que dizẽ los teſtigos.

Supueſto pues que la probança de los menores es mejor, mas conteſte,mas concluyente,y mas veroſimil, no ſe puede dudar en que don Iuan de Vallejo no hizo daño, ni mala adminiſtracion en arrãcar los oliuares que no dauan fruto, y reduzir las tierras a labor,conque aſſegurô vna renta perpetua al vinculo,como ſe fundò largamente en el papel que ſe dio en viſta,quibus nunc additur *Ioan.Garcia de expenſis,ca.*

16.

16.*n*.41.donde resuelue contra el señor Molina, que el posseedor del Mayorazgo puede mudar la forma, *Prædij horti, vineæve, aut silvæ in vtilitatem maioratus, si vtilitas est euidens & permansura*, como aqui, que los oliuares no rendian nada, y arrancados quedò el Mayorazgo cō mil reales de renta segura y permanēte, q̄ de antes no tenia. *Riccius in praxi Ecclesiast. resolut.*116 donde se imputaua a vn Beneficiado que auia arrancado vn oliuar y puesto la tierra de viña, & contra eū vrgebat, *Primo, quia de iure prohibetur incisio arborum fructiferorum: secundo, quia non potest extirpari silva cædua & ibi vineam plantare inuito domino, quia destructa vinea non manet silva vt antea erat: quæ ratio, & Doctorum traditio militat quando oliuetum extirpatur.* Y auiendo puesto estas dificultades, dize assi: *Cæterùm ijs non obstantibus mihi videtur concludendum contrarium ex pluribus tum primô, quia probatum fuit coram me oliuetum prædictum fuisse iam antiquum, & modicum fructum solere dare, & aliquas ex illis arboribus ferè inutiles esse: tum secundò, quia dum constabat ex illis arboribus aliquas inutiles fuisse, consequēs est vt subintret iuris regula, quod res inutiles & onerosæ Ecclesiæ possint alienari absque assensu Apostolico, &c.* Y assi el arrancar los oliuares no fue mala administracion, y el valor de la leña pertenecio al posseedor, como fruto que cedio en su tiempo: y entonces era posseedora su hija de don Iuan de Vallejo, y èl administraua como su padre y legitimo Administrador: y esto es consequente lo vno de lo otro.

Con esta aduertencia, y con los fundamentos del otro papel, esperamos se revoque la sentencia de vista, y se den por libres los menores: y caso q̄ se confirme, sea tambien con la calidad de q̄ compensen las mejoras q̄ hizo don Iuan en las casas principales, sin q̄ lo impida la *l.*46.*de Toro*, porq̄ no se ajusta a estos terminos, suponiendo que procede y habla en verdadero sucessor y posseedor, y dō Iuan de Vallejo no fue sucessor de este vinculo, ni lo posseyò por si, sino administratorio nomine, como padre y legitimo Administrador de su hija, en cuyo tiempo sucedio el hecho de este pleyto: y assi es llana la compensacion, y estamos fuera de los terminos de la ley de Toro, *l. si negotia* 11.*ff. de negot. gest.* ibi: *Quod si in quibusdam lucrum factum fuerit in quibusdam, damnum absens compensare lucrum cum damno debet: copiosé tradit Fontanell. de pact. claus.* 11. *glos. vnica, num.*10. *y* 11. *omnino vidend.*

Cæte-

Cæterùm, la ley de Toro habla en mejoras que pedian la muger y hijos del posseedor iure actionis, y aqui don Fernãdo es quien pide daños de Mayorazgo, y se le opone de la compensacion de las mejoras per exceptionem, que es caso en que no dispone la ley de Toro, ni se ha de estẽder por ser odiosa: comprobat *D. Castillo tom. 5. ca. 65. n. 83.* donde dize q̃ aunq̃ no se dè accion para repetir las mejoras, tamen datur retentio per exceptionẽ, *l. puré, §. fin. ff. de doli except.* donde se nota, q̃ aunq̃ la ley quita la accion, nunca excluye ni deniega la excepcion. *Aquilis decis. 5 & 6. tit. de constit.* donde resuelue, que el estatuto q̃ prohibe el pedir post annum, no cõprehende excipere post annum: tradit *Gracian. dec. 151. n. 9. c. 10.*

Tertiô, la ley de Toro habla en el posseedor de Mayorazgo que hizo daño con dolo y culpa, q̃ en este no es mucho no se le admita la cõpensacion: y de esta manera se entiendẽ y deben entender los que niegan la compensacion, vt aduertit *Noguerol allegat. 36. n. 8.* pero no en el que procedio sin dolo ni fraude, como aqui: y si la administracion no fue dolosa, no se puede dezir que se hizo daño, ni se cõpensa el daño, sino la deuda del precio de los oliuares, a quiẽ no se prohibe la compensacion regularmente.

Vltimò, la ley de Toro no procede en mejoras, quę possũt abrradi, como es el agua de pie, vt notat *Garcia de expensis, cap. 13. n. 47.* y assi no està prohibida la cõpensacion de ellas.

Opone D. Fernando que no ay mejoras, y valese para esto de la escritura de Iuan Perez Henriquez, en q̃ se obligò a gastar 2ɉ. ducados para el vinculo. Y esta no es a proposito, porque no se trata de estos gastos, sino de los que hizo don Iuã de Vallejo antes que contratara con Iuan Perez Henriquez, y de media paja de agua que metio en las casas, y vna cañeria nueua que hizo, y otros gastos que se verificarã despues como la sentencia lo manda, porque los menores no hã hecho defensa en esta instancia, por estarles reservada esta excepcion. Salvo, &c.

D. Lorenço del Castillo y Gallegos.